

**RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel, *La tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Iustel, 2013, 177 pp.**

La intervención administrativa en la supervisión y tutela del derecho a la propiedad intelectual se encuentra en un momento de replanteamiento e incremento de su intensidad. Recientemente, dos jóvenes administrativistas, en la misma editorial, Iustel, han publicado sendos trabajos sobre dos de los aspectos más relevantes y que se encuentran en pleno proceso de reforma legislativa: el profesor de la Universidad de Valencia UREÑA SALCEDO, sobre la regulación y control de las entidades de gestión, que ya tuve ocasión de recensionar, y el profesor de la Universidad de Córdoba RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, sobre la tutela administrativa de los derechos de autor en internet, cuyo trabajo, recién salido a la luz, tengo ahora el placer de reseñar.

Se trata de un riguroso y completo estudio que analiza la nueva tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información, nacida ante las insuficiencias de la vía penal y civil. La primera, por la exigencia de ánimo de lucro, entendido como lucro comercial, y no como el “ahorro” del usuario privado no autorizado, así como por no abarcar el tipo penal la conducta consistente en enlazar a páginas no autorizadas. La segunda, por cuanto no es uniforme en la jurisprudencia la consideración de los enlaces a obras protegidas o el intercambio P2P como una ilegalidad. Además, se ha encontrado obstáculos en la protección de datos. Por una parte, porque la Agencia Española de Protección de Datos, de forma discutible, ha considerado ilegal la recogida incontestada de datos de tráfico de direcciones IP por las entidades de gestión de derechos de autor. Por otra, porque requiere la identificación de los usuarios y la Ley 25/2007 de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones sólo prevé la posibilidad de instarla de los proveedores de acceso a través del juez penal en caso de delitos graves. Lo cierto es que a resultas de todo ello, puede decirse que la persecución jurídica de las descargas a través de sistemas P2P o la descarga o el visionado a través de enlaces se hace en la práctica muy compleja. Hay que apuntar, en todo caso, que en materia civil la reforma legal en materia de propiedad intelectual que se encuentra en curso, y sobre la que enseguida volveremos, prevé ya entre las diligencias preliminares civiles de la LEC la posibilidad de requerir, a petición del accionante, la identificación de los prestadores que infrinjan indiciariamente el derecho de propiedad intelectual, solicitud que el tribunal civil girará a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad, que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de carácter económico con el prestador de servicios de la sociedad de la información que se desee identificar.

Las dificultades para luchar contra la piratería en la red no son sólo un problema español, por supuesto, sino mundial, pero hasta el momento, como ocurre con otros problemas que internet (como símbolo de la globalización) ha planteado no se ha alcanzado una solución común, ni siquiera a escala europea, aunque se trabaja en ello tanto a nivel mundial –el famoso Tratado ACTA– como comunitario. Algunos países, como Francia, acogieron por una solución gradual de advertencias y requerimientos, que finalizan con una desconexión forzosa de los usuarios que vulneran los derechos de autor. En España, se optó por otra solución (a mi juicio, más razonable) acogida en la modificación en 2011 del artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI), impulsada por el gobierno socialista, y en su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, aprobado por el gobierno conservador. De la insuficiencia de sus resultados es muestra que en la actualidad se encuentra en fase de información pública un Anteproyecto de ley de modificación de la LPI, que, entre otros, prevé una reforma de las previsiones que se comentan en la monografía que recensamos.

El dispositivo jurídico arbitrado consiste en la atribución a un órgano administrativo, la Comisión de la Propiedad Intelectual, constituida en el seno del Ministerio de Cultura pero interdepartamental, de la potestad para el restablecimiento de la “legalidad intelectual” frente a vulneraciones a través de internet. Se limita, pues, a las vulneraciones por este medio y es compatible con las demás vías (penal y civil). Su singularidad reside en que permite a la Administración actuar “siempre que el prestador, directa o indirectamente, actué con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial”.

El mecanismo es *sui generis* y plantea diversos retos dogmáticos que son analizados por el profesor RODRÍGUEZ PORTUGUÉS de forma rigurosa y sin huir de ninguna de las dificultades que encierran.

La primera peculiaridad es que no se trata de un procedimiento administrativo sancionador, pero por decisión legislativa se rige por los principios del artículo 135 de la LRJAP-Pac, que se refieren al procedimiento sancionador. Esta nota tiene la importante consecuencia de que cabe, pues, simultanearlo con la vía penal. Y que, además, cabría añadirle un sistema sancionador, que es una de las novedades propuestas por el Anteproyecto de ley de modificación de la LPI.

Una segunda peculiaridad consiste en que se prevé la intervención judicial en el curso de dicho procedimiento administrativo como garantía de determi-

nados derechos fundamentales de los afectados. Este fue uno de los aspectos más debatidos en la tramitación parlamentaria de la modificación de la LPI: ¿puede una ley atribuir a una autoridad administrativa la competencia para requerir a un tercero datos personales identificativos –en este caso, de los responsables de la puesta a disposición en internet de obras protegidas o de enlaces a dichas obras? ¿y para ordenar la retirada de contenidos no autorizados o la suspensión del acceso a los mismos? El acuerdo final al que se llegó entre los dos grupos parlamentarios mayoritarios fue el de establecer la necesidad de previa autorización judicial en ambos casos a través de un proceso “especialísimos” previstos en el artículo 122.bis.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJ). Más tarde volveremos sobre el tema de si es ésta la única solución compatible con la Constitución.

El profesor RODRÍGUEZ PORTUGUÉS destaca lo que llama “condicionantes constitucionales” en esta materia.

-El primero de ellos es cuál sea el derecho constitucional en juego en la tutela administrativa de la propiedad intelectual en internet. Considera que es el derecho de propiedad del artículo 33.1 y no la libertad de creación del artículo 20.1.b), tanto en general para la regulación de la propiedad intelectual cuanto, con más razón, para un procedimiento como el diseñado encaminado a la tutela de su contenido patrimonial, que se enmarcaría, de este modo en la “regulación del ejercicio” del derecho de propiedad (al que, por cierto, califica reiteradamente de “derecho fundamental”) *ex* artículo 53.1. Sin embargo, el RD 1889/2001 incumpliría, a su juicio, la reserva de ley al disponer que el cumplimiento voluntario de las órdenes de retirada de contenidos dictadas por la CPI implica un reconocimiento implícito de la vulneración de la propiedad intelectual, en la medida en que supondría una regulación reglamentaria de una materia jurídico-privada. También se extralimitaría al añadir que la solicitud de iniciación del procedimiento puede dirigirse contra los responsables de servicios de la sociedad de la información cuando se identifique el contenido ofrecido “o al que se facilite el acceso”, añadido éste respecto a la dicción legal, que sólo prevé que pueda exigirse a los intermediarios su colaboración para asegurar la eficacia de las medidas que se adopten, pero no dirigir contra ellos el procedimiento. El actual proyecto de reforma da ya cobertura legal a ambas determinaciones.

- El segundo de estos condicionantes constitucionales se refiere a la interesante cuestión de si la tutela administrativa de la propiedad intelectual en internet infringe el principio de separación de poderes y la reserva de jurisdicción establecida en el artículo 117.3 CE. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS pone

de relieve que nuestro ordenamiento viene a circunscribir dicha reserva a los supuestos de heterotutela, esto es, los casos en que por parte de la Administración hay un “desinterés objetivo”, mientras que la admite en los casos de “autotutela”. Conforme a este criterio, en la protección de los derechos económicos de autor habría reserva de jurisdicción, pero sin embargo, hace notar cómo el artículo 8.1 LSSI, tras su modificación coetánea con la aprobación de la “Ley Sinde”, incluye ahora entre los motivos que permiten ordenar la interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información, y junto al orden público, la investigación penal, la seguridad pública, la defensa nacional, la salud pública, la protección de la juventud e infancia, etc., la tutela de la propiedad intelectual. Esto es, se ha “elevado” a bien público, conforme a la concepción de RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, “la dimensión objetiva del derecho fundamental de propiedad intelectual”, y, con ello, se ha integrado su tutela en el mandato del artículo 9.2 CE para hacerlo efectivo, siendo proporcionado que se lleve a cabo por la Administración en la medida en que internet supone un desafío especial a su garantía que no pueden salvaguardar por sí sólo los tribunales. Ahora bien, aquí la gran cuestión jurídica y doctrinal, entiendo, queda por resolver: ¿permitiría, pues, la Constitución, un mecanismo de cierre de páginas web por orden administrativa sin necesidad de autorización judicial, a la vista de que la tutela de la propiedad intelectual se ha “elevado” al rango de bien público? ¿o, por el contrario, es la solución arbitrada la única que tiene encaje en nuestra Constitución? Creo que la respuesta queda en el aire en este trabajo. El profesor RODRÍGUEZ PORTUGUÉS se limita a apuntar que en nuestro Derecho hay una doble garantía judicial y poca discrecionalidad en la decisión administrativa, con exigencia de motivación y proporcionalidad.

- La tercera cuestión constitucional se refiere al reparto de competencias para la puesta en práctica del mecanismo analizado, que no ha dejado ningún papel a las Comunidades Autónomas. La reforma de la LPI se apoyó en el título del artículo 149.1.13<sup>a</sup> CE (“ordenación general de la economía”), mientras que su Real Decreto de desarrollo lo hace en el 149.1.9<sup>a</sup> (“legislación sobre propiedad intelectual”). El autor se esfuerza por encontrar una coherencia en estas invocaciones competenciales y considera que el título invocable debe ser el primero (por la mayor jerarquía de la ley) y que sería coherente con la finalidad del precepto que consiste en poner freno a la debacle de ventas y reordenar el mercado cultural, a partir de un enfoque público, y no privatista. Sin embargo, este meritorio esfuerzo doctrinal nos parece, en realidad, más sofisticado que la mente del propio legislador, y le lleva a hacer ciertos equilibrios conceptuales en mi opinión artificiosos. Considero que la invocación del artículo 149.1.13<sup>a</sup> tuvo como único “sentido” el dar la cobertura global a la

Ley de Economía Sostenible, una de cuyas adicionales llevó a cabo “aprovechando la ocasión” la reforma de la LPI que comentamos. Es por eso que el RD de desarrollo, centrado ya en esta medida e impulsado todo él por el Ministerio de Cultura, se apoya ya en su título lógico, el 149.1.9ª CE, y, aún más significativo, que en él se apoya también el Anteproyecto de reforma de la LPI ahora en curso que pretende modificar esta regulación. El propio RODRÍGUEZ PORTUGUÉS pone de relieve cómo el Tribunal Constitucional ha bendecido que el título de “legislación en materia de propiedad intelectual” pueda servir de apoyo para la reserva al Estado de facultades ejecutivas (en la STC 196/1997, respecto a la autorización de entidades de gestión) y lo justifica, como hace el propio RD 1889/2011, en la ineficacia de la “compartimentalización” en relación a una realidad, como internet, que no conoce fronteras. Así es y, en realidad, ello no hace más que poner de relieve la contradicción que todo ello supone con las competencias exclusivas en materia de ejecución de la legislación sobre propiedad intelectual que se reservan los Estatutos de Autonomía. Lo mismo podría predicarse, por lo demás, respecto de las fronteras estatales. Es una muestra más de los desafíos jurídicos de la globalización y de la necesidad de regulaciones mundiales que, de hecho, están en curso de elaboración.

A partir de estos condicionantes se construye la nueva potestad administrativa de salvaguarda de la propiedad intelectual en la sociedad de la información que RODRÍGUEZ PORTUGUÉS analiza en el resto de la obra.

Diversas cuestiones centrales se encuentran aún indeterminadas, como por ejemplo, si los titulares de páginas de enlace pueden considerarse prestadores de servicios de la sociedad de la información, o si teniendo en cuenta que no realizan una actividad económica, lo son los que participan en el sistema de intercambios P2P. El autor da mucha relevancia a esta cuestión porque a su juicio el sistema está construido sobre el requisito del ánimo de lucro. Quita importancia a la dicción legal, que habla de la actuación frente a una conducta que “directa o indirectamente” con “ánimo de lucro” o que “haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial”. A su juicio, englobaría a los que obtienen un lucro directo (pago por el usuario) o indirecto (publicidad), pero la disyuntiva “o” no tendría como sentido abarcar también a los que sin ánimo de lucro causan un perjuicio patrimonial (al que pone en internet un contenido sin autorización de su autor, sin obtener un ingreso económico a cambio), ya que en todo caso no se trataría de “prestadores de servicios de la sociedad de la información”. Sin embargo, no me parece tan evidente (cosa distinta es que se decida no actuar contra ellos). En cuanto a los intermediarios, los titulares de páginas de enlaces, considera que su actividad tampoco estaría

incluida, en la medida en que el 158.4 LPI habla de “responsables de servicios de la sociedad de la información”, y ellos no lo serían, lo que no quiere decir que del procedimiento no se pueda derivar su necesaria colaboración en la ejecución de medidas. En todo caso, no incluirían a los titulares de páginas de enlaces a redes P2P, en su opinión, de nuevo porque sus responsables no son prestadores de servicios de la sociedad de la información. El profesor RODRÍGUEZ PORTUGUÉS considera que ello es así por una excesiva vinculación del mecanismo arbitrado con los conceptos de la LSSI, que lo convierte en ineficaz. En esta línea, la reforma proyectada pretende ya incluir “en el ámbito de aplicación de este precepto, subsidiariamente y cuando se cumplan determinadas condiciones, a los prestadores de servicios que tengan como principal actividad facilitar de manera específica y masiva la localización de contenidos ofrecidos ilícitamente de manera notoria, en particular en los casos en los que ofrecen listados ordenados y clasificados de enlaces a tales contenidos ofrecidos ilícitamente de manera notoria, desarrollando a tal efecto una labor activa, específica y no neutral de mantenimiento y actualización de las correspondientes herramientas de localización, pues dicha actividad constituye una explotación conforme al concepto general de derecho exclusivo de explotación establecido en la normativa de propiedad intelectual”. Lo anterior, sin embargo, no afecta a los buscadores generales como Google. Además, se prevé que en caso de falta de retirada voluntaria y a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor. En la adopción de las medidas de colaboración se dará prioridad a aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor. El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet se considerará como medida de último recurso, en caso de ser ineficaces las demás medidas al alcance. A estos efectos, en el caso de prestarse el servicio utilizando un nombre de dominio bajo el código de país correspondiente a España (.es) u otro dominio de primer nivel cuyo Registro esté establecido en España, la Sección Segunda notificará los hechos a la autoridad de registro a efectos de que cancele el nombre de dominio que no podrá ser asignado nuevamente en un periodo de, al menos, seis meses.

El contenido del artículo 158.4 consiste en habilitar a la CPI para declarar la vulneración y ordenar la retirada de los contenidos. De acuerdo con el artículo 11.1. LSSI, si fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, puede ordenarles que suspendan el correspondiente

servicio, lo que a su juicio y aunque no esté claro en la norma incluiría a los sitios de enlaces. Se plantea al respecto si sería necesario que estos poderes le fueran atribuidos a una Administración independiente (a semejanza de la AEPD), y concluye en la negativa, dado que no lo exige la índole de un derecho, como es el de propiedad intelectual, que (a diferencia del derecho a la protección de datos) sólo marginalmente sufre riesgos de vulneración por la propia Administración. Estoy de acuerdo.

Cuestiones muy interesantes plantea el procedimiento previsto. Considera RODRÍGUEZ PORTUGUÉS que se trata de un procedimiento iniciado de oficio y ello pese a que según 158.4 LPI “se iniciará siempre a instancia del titular de los derechos”. A partir de esta solicitud, se instruye una fase preliminar para determinar la solidez de la denuncia y la existencia de indicios de infracción que puedan fundamentar la iniciación. Esa solicitud de iniciación convierte al solicitante (autores o sociedades de gestión de los derechos de autor) en interesado, no en mero denunciante. El procedimiento se rige por los principios del artículo 135 LRJAP-PAC, pese a lo cual el autor apunta que no es un procedimiento sancionador, pues está sólo encaminado al restablecimiento de la legalidad. Además, la norma prevé que si en tres meses tras la solicitud de iniciación, ésta no se acuerda se produce el silencio negativo que faculta al titular del derecho a recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El autor considera que debería proceder en su lugar la caducidad según las reglas de la LPA. Y apunta que “podría quizá defenderse una aplicación integradora de los artículos 44 LAP y 158.4 TRLPI en el sentido de entender que lo que se produce, cuando la Sección Segunda incumpla el plazo máximo para resolver y notificar, es un silencio administrativo y, simultáneamente, una caducidad del procedimiento. De esta forma, el titular de los derechos de propiedad intelectual podría acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa en busca de la tutela que la Administración le niega; pero –al mismo tiempo– los prestadores de servicios afectados no tendrían por qué temer una resolución extemporánea, pues para la Administración se habrá producido la caducidad del procedimiento, debiendo a lo sumo declarar dicha caducidad con el archivo de las actuaciones”. Esta línea parece seguir la reforma proyectada, que señala que “*La falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido tendrá efectos desestimatorios de la solicitud y de caducidad del procedimiento*”. A mi juicio, se trata de un modelo peculiar construido a imagen y semejanza de los delitos que sólo pueden perseguirse e instancia de parte, como, por cierto, lo son los delitos contra la propiedad intelectual regulados en nuestro Código Penal.

Lo más debatido de la “Ley Sinde” fue la atribución a una autoridad administrativa de la potestad para ordenar el cierre de páginas web, lo que se til-

dó de “censura de la libertad de expresión” de internet, y, en relación con la identificación de los responsables, de “atentado contra la intimidad, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones”. Todo ello motivó que finalmente los dos grupos parlamentarios acordaran prever la intervención judicial en dos momentos. El primero en caso de ser necesario determinar la identidad de los responsables de la presunta infracción. En este caso, el Juzgado Central examina si hay indicios de vulneración y si los datos que se piden son necesarios. El segundo consiste en la autorización de la orden de bloqueo de contenidos o cierre de páginas web cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución, que, en realidad, y como apunta RODRÍGUEZ PORTUGUÉS con una valoración favorable, es siempre preceptiva, según el 158.4 LPI, y no sólo cuando la CPI considere que puede afectar a estos derechos. En este caso, el control judicial se refiere a si la medida afecta o no a las libertades del 20 CE. Se trata, en ambos casos, a mi juicio, de dos preceptos cuestionables en su redacción, puesto que considero que la ley – como por lo demás hacía el proyecto legislativo original– bien podría habilitar a la Administración para requerir esos datos sin intervención judicial (como ocurre en otros sectores no “virtuales”, que conocen de obligaciones de identificación de terceros y de medidas administrativas de decomiso de productos ilegales). En mi opinión, con carácter general y pensando en las páginas dedicadas al enlace y el albergue de contenidos audiovisuales “piratas”, no está en juego ni el derecho al secreto de las comunicaciones ni la libertad de expresión. Y, de hecho, los comentarios o valoraciones de estos productos (películas, canciones, series) que dichas páginas han comenzado a introducir para burlar la ley son más bien la prueba de ello. Basta en estos casos con ordenar la retirada o bloqueo del acceso al contenido en sí, y no a los comentarios que lo acompañan. La tarea que esta intervención judicial impone ahora a la jurisdicción, por mucho que sirviera para aplacar al “monstruo” de la supuesta “libertad para acceder gratis a contenidos culturales”, no acabará por contentarle y sí contribuirá al atasco judicial.

En todo caso, la suspensión del servicio de intermediación es subsidiaria respecto del cumplimiento voluntario (advírtase, no de la ejecución forzosa) por el responsable de las medidas contenidas en la resolución. Es preciso que sea autorizada judicialmente. Si transcurren setenta y dos horas desde la orden y los intermediarios no la han ejecutado la CPI puede ejecutarla forzosamente y aplicarles sanciones al amparo del 38.2.b) LSSI que tacha estos incumplimientos de infracción muy grave, con multa de entre 150.001 y 600.000 euros. Si hay reiteración puede prohibirse la actividad por plazo máximo de dos años. La infracción, al ser continuada, no prescribe. Esta posibilidad es especial-

mente relevante respecto de las páginas de enlaces, a las que civil y penalmente no resulta factible perseguir, pero sí sancionar administrativamente. El otro efecto de la resolución CPI es que desde su dictado se entiende que el prestador del servicio de intermediación tiene conocimiento efectivo de la ilicitud a los efectos de la LSSI y a partir de dicha constatación los titulares de los derechos pueden ejercer acciones civiles de la LPI contra ellos, como dispone el 138.3 LPI. Obsérvese que, por el contrario, los responsables no incurrir en infracción alguna. La reforma proyectada pretende, como afirma su exposición de motivos, concentrar las capacidades y recursos de la Comisión de Propiedad Intelectual en la persecución de aquellos grandes infractores que causan daños significativos, cuantitativa o cualitativamente, a los derechos de propiedad intelectual. Para ello, se dota a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual de mecanismos más eficaces de reacción frente a las vulneraciones cometidas por prestadores de servicios de la sociedad de la información que no cumplan voluntariamente con los requerimientos de retirada que le sean dirigidos por aquélla, incluyendo la posibilidad de requerir la colaboración de intermediarios de de pagos electrónicos y de publicidad y previendo que el bloqueo técnico únicamente se aplicará como medida de último recurso. Asimismo, se prevé que en caso de incumplimiento reiterado de tales requerimientos de retirada la CPI pueda sancionar administrativamente al prestador con multas de hasta 300.000 euros y en su caso publicidad de la resolución sancionadora, cese de actividades o bloqueo del acceso por un máximo de un año.

Como puede comprobarse, toda una serie de complejas cuestiones jurídicas que ponen, en buena medida, sobre la mesa, las dificultades de regular con esquemas tradicionales y nacionales una realidad global y tecnológica.

Emilio Guichot  
Profesor titular de Derecho Administrativo.  
Universidad de Sevilla